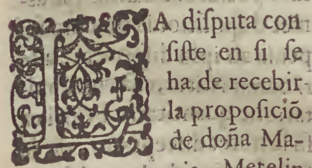




POR DON VINCENCIO RAM DE MONTORO.



LA disputa consiste en si se ha de recebir la proposiciõ de doña Maria Metelin cessionaria de doña Francisca Ram de Montoro, en los seys mil escudos, que pide de dote, o en otra cantidad por virtud de la clausula del testamẽto de Iuan Ram de Montoro, cuyo tenor es.

Item quiero ordeno y mando, que mi heredero infrascripto de a cada una de las dichas doña Francisca Ram de Montoro, y doña Iuana Ram de Montoro, y doña Maria Ram de Montoro hermanas suyas la cantidad e o cãtidades de dinero, que al dicho mi heredero parecerá, de cuya gentileza las confio. Las quales cantidades de dinero, ordeno, y mando, se les den quando se casen, o hagan profession en la religion, o religiones donde fueren religiosas, y no antes en manera alguna.

Don Iuan Francisco Ram de Montoro heredero, a cuya gentileza se cometiò el dar dichas cantidades, poco despues de requerido por Don Martin de Altarriba, y doña Francisca Ram de Montoro, que le diesse la suso dicha cantidad, murio, nulla declaratione facta. Pretende agora doña Maria Metelin sucessionaria, que atendida la calidad de las personas, y cantidad de la herencia. V. S. ex prudenti arbitrio, sucediendo en lugar del heredero puede tassar aquesta cantidad, y mandalla pagar sobre las casas aprehendidas, sin embargo, q̃ en el testamento las dexaua por via de legado a don Vincencio Ram su hijo el testa-

dor,y despues por el codicillo se las quitò, y las dexò de gracia especial, y assi por via de prelegado a don Iuan Frãcisco Ram su sobrino y heredero, diziendo que se las dexaua de la forma y manera, q̃ en el testamento a don Vincencio Ram de Montoro.

Toda la dificultad del pleyto puede reduzirse a tres, o quatro inspecciones. La primera, concierne a la substancia del legado, o credito que pide doña Maria Metelin, si pendiò de mera y libre voluntad del heredero, señalando la cantidad, que quisiesse, o si las palabras induzen arbitrio de buen varon. En el primero caso faltaria la substancia del credito. Y en el segundo dependeria el limitarlo del arbitrio de V. S. y esta se diuide en dos, vt infra. La segunda, si en esta tela de processo puede hazerse aquesta tassacion, y liquidacion. La tercera, si ya que pudiesse, an de entrar las casas aprehendidas en el cumulo de los bienes para designar la cantidad.

Cerca de la primera, siempre tuue por dificultoso, que el suso dicho legado se huuiesse de referir a arbitrio de buẽ varon, y antes parece, que las palabras suenan irregulada, y absoluta voluntad. Y para esto distinguendum videtur, del caso en que precediesse completa disposicion, o legado de dote, o alimentos, cometiendo el limitar la cãtidad a otra persona, al que no precede, imò potiùs substantia ipsiusmet dispositionis omnino suspensa ab ipso disponente alteri committitur, vna cum limitatione quantitatis. Priori casu intraret disceptatio, de la significacion de las palabras, para ver si induzen voluntad absoluta, o regulada. Cum enim disponens dotem reliquerit, aut alimenta, cometiendo solamente el determinar la cãtidad al heredero, entonces menos abria que disputar, si las palabras son de arbitrio, o de voluntad absoluta; antes parece que siempre aurian de entenderse reguladas, ne alioqui elusoria redderetur completa & præcisa dispositio dotis, aut alimentorum, quæ prę cedit: secus, & è diuerso, quãdo no sola la forma, y manera, y tassa de la cantidad se huuiesse cometido al heredero, sino tambien la substan-

ſtancia miſma de la diſpoſicion y legado de la dote, o alimentos, que en eſte caſo penderia la ſubſtancia de la deuda de ſi toda la diſpoſicion ſubſtancialmente quedò cometida a toda libre voluntad del heredero, o a ſu arbitrio, que en el primero caſo no entraria el del juez, ſino en el ſegundo. Y en apurar en qual dellos ſe conſiſte, depende de ſi las palabras induzen libre diſpoſicion, o arbitrio de buen varon.

Y en nueſtro caſo (boluiẽdo a lo primero) no parece q̃ quedo diſpoſicion completa de dote, ni aun remitiendo la cantidad al heredero, como fuera, ſi el legado fuera dexandoles dote para caſarſe cometida la cantidad a la gentileza del heredero: en el qual caſo huuiera diſpoſicion antecedente completa del teſtador, nempe, vt dotarentur legatariȩ, y otra ſuſpendida, & in futurum determinanda ab hæręde, nempe, la cantidad, que por la dote ſe les huuieſſe de dar, & quod verſemur in priori caſu, quod non ſolum quantitatis taxatio, ſed & dotis, aut donationis ſubſtantia, fuerit per teſtatorem hæredi commiſſa, clare deprehẽdi videtur ex illis verbis. *De à cada vna de las dichas, &c. La cantidad e o cantidades de dinero que al dicho mi heredero parecera, de cuya gentileza las confio.* Las quales aueriguan que el teſtador mando que les dieſſe la cantidad, o cantidades, que le pareciesſe fiando de ſu gentileza, y pues no las coarcto, o califico ex adiuncto con calidad de dote, la ſubſtancia de la donacion pendio del heredero.

Ni obſtan las palabras, que ſe ſiguen, ibi: *las quales cantidades de dinero ordeno y mando ſe les den quando ſe caſen, o hagan profeſsion.* Porque aunque eſtas parezcan preceptiuas, procede el precepto ſuppoſito, que el heredero, de cuya gentileza lo confio, la ſeñale, declarando que ſe la huuieſſe de dar quando ſe caſaſſen, o profeſſaſſen en religion. Lo otro digo, que no ſeñalandolas por dote (como luego veremos) aun tiene lugar la diſtincion de las palabras de libre voluntad, o de arbitrio, y en eſte caſo ningunas diſponẽ. Lo otro, q̃ la menciõ del caſamiento, o religion en nueſtro caſo no hizo el legado de dote, pues no dixo, q̃ las dotaſſe, ni metieſſe en religion, ni les dieſſe lo neceſſario para ello, ſino

sino que a cada vna le diesse la cantidad que le pareciesse confiandolo de su gentileza, ordenando que se les diesse quando se casassen, o profesassen en religion. Lo primero induzia legado de dote cõpleto, cometiendo la designacion de la cantidad a la gentileza del heredero. Lo segundo solo induze, que la cantidad que quisiere el heredero la aya de dar quando se casen, o professen y no antes.

La intelligencia lisa, y corriente de la clausula de nuestro legado (nisi cauilletur,) aquesta parece que en substãcia se reduze, a que el testador dexo la cantidad incierta, que pareciesse al heredero para que la diesse a las legatarias, y que la huuiesse de dar quando se casassen, o profesassen alguna religion, y aqueste legado es incierto tam ex se, quam ratione adiuncti: ex se, patet, pues no señala cantidad alguna: quæ nec certa redditur ex adiuncto; el qual solo tuuo designacion de tiempo, en que se diesse la cantidad, nempe, quando se casassen, o profesassen religion las legatarias.

Et videretur in Regno per quam durum, & chartæ aduersum, si de solo auer hecho mencion el testador del casamiento, o profession tempus designans, & destinans legato quantitatis incertæ, coligiesemos el adiuncto, de que eo ipso les lego la dote necessaria, y congruente para el matrimonio carnal, o espiritual: y en esto querria yo, que ante todas cosas conuiniessemos en esta causa, que la disposicion no contuuo legado de dote, neque ex se, neque ex adiuncto, prout dos tanquã ius vniuersum considerari potest, & solet, sub quo quicquid ad competentem mulieris dotationẽ desideratur, continetur quo respectu dicitur ius vniuersale, *ex l. si marito. §. fina. solu. matri. l. fi. C. de senten. quæ sine cert. quãtita. explicat Bar. in Rubr. solu. matri. nu. pen. Soci. ibi nu. 45. Ripa in l. 1. nu. 52. de leg. 1. Alcia. in l. hæreditatis de verbor. signific. Petrus Barbos. Rubri. solu. matri. 3. part. nu. 12.*

Quo iam fit primo, que sin llegar a la significacion de las palabras, si son de voluntad libre, o regulada, ex alijs certis iuris principijs, quibus leges Regni minime contradicunt, no procede la pretensiõ contraria, pues aunque se huuiera legado segun arbitrio de buen varon, imo por pala-

bras

bras preceptiuas, y de necessidad, aquesta cantidad non solum ex se, sed & ex adiuncto incierta, era nullo el legado, ex quo hæres grauatus, vel minimam quantitatem conferens, liberaretur: Porq aquesta incertidumbre total, vitiare solet dispositionem etiam sub prætextu dotis, nó solo en los contractos, *l. cum post. 70. §. gener. ff de iur. doti. l. triticum, l. ita stipulatus. de verb. obliga.* ni en los legados; *l. si domus, 74. ff. de lega. 1.* dequorum iurum sensu, pulchre, & subtiliter differit ad propositum Petrus Barbos. *d. rubri. solut. matrim. 3. par. ex num. 42.* & potissimum, *num. 44.* diuersas refert interpretationes, *tex. in d. l. cum post. §. gener.*

Pero dexando lo especulatiuo, lo practico viene a consistir, que la promesa, o legado de cantidad incierta, omni iure est nulla en sentido, quod promissor aut hæres, vel quid minimum soluendo, ab obligationis nexu liberantur, *l. Neratius, de religios. Bal. in c. si proponente, nu. 3. de rescrip. & in authen. præterea. num. fi. C. vnde vir & vxor. Menoch. cons. 81. nume. 18. Barbosa d. 3. par. nume. 58. vers.* cum igitur in muliere, & sæpe numeris sequentibus, *ex tex. in l. 1. vbi Bal. nu. 2. in fin. C. de dotis promis.*

Digo lo segundo, que en estos terminos in viam iuris cōmunis distingui solet, entre la promesa, o legado de cātidad, aunque sea nominatim, & expresse de dote entre el padre, cuyo oficio es dotar las hijas, y entre ellas mismas, que ex se truxessen, o prometiessen dote al marido, y qual quier estraño que assi mismo la prometiesse, o legasse ex liberalitate: porque en el padre, hora que huuiesse legado, o prometido simpliciter la dote, hora a arbitrio de vn tercero, vtroque casu ex adiūcto satis intelligeretur quantitas comprehensa, & promissa, vel legata videretur, quæ ex alterius, vel iudicis prudentis arbitrio foret taxanda, & tribuenda. Ita distingunt Soci. *in rubri. solut. matri. nu. 53. ad finem, Alciat. num. 114 ibidem & Cuma. nu. 8. Ripa in l ita stipulanus, numer. 18. de verb. obliga. ibi Ruin. 1. lectur. num. 22. Alciat in l. triticum. nu. 14. de verb. oblig. Menochi. casu 146. nu. 36. Barbosa, d. 3. par. num. 47. vers. sed illis reiectis, & nu. sequenti*, vbi nominatim resoluit, eiusmodi promissionem, aut legatum dotis in parente, eum sensum

habere, vt pro facultatibus promittentis, & dignitate mariti, modus doti tacite videatur adiectus. In promissione autem mulieris, vel extranei nulla sit constitutio: cum possint vilissimum quidpiam exhibendo, se liberare: Quo loci Petrus Barbosa, *d. num.* 48. *vers. sed defendendo*. putat, manifestam versari inter patrem, & extraneos rationis differentiam: illius enim officium est, filias dotare, attentis qualitatibus expressis in *l. si filia de leg.* 3. y assi su promessa, o legado lleua inuiscerada la cantidad que el Iuez tassare, porque se entiende la manda, segun la obligacion de la *l. fin. C. de dot. promis.* y cessando esta razon en el estraño, *d. §. gener.* es inutil por la incertidumbre, vt latius deducit Barbosa. *d. nu.* 48. quod latius comprobat, *num.* 50.

Digo lo otro, que aunque Zasio, *in l. legato generali. num.* 11. *de lega.* 1. referido por Barbosa. *d.* 3. *part. num.* 51. dixo, que concurriendo el fauor de la dote con el del legado, etiam ab extraneo, se auia de sustentar, ab ea tamen sententia, *ex l. quidam testamento.* 30. *de leg.* 2. secundum verum intellectum, discedit Bal. & Imol. ibidem. Soci. Iuni, *in rubri. solu. matri. nu.* 218. & *in l. ita stipulatus. num.* 97. *de verb. obliga.* quos sequitur Barbos. *d.* 3. *par. num.* 52. propterea aduertens legatum quantitatis pro reficiẽda via, *in d. l. quidam testamento.* absque vlla specialitate valere, quia ex adiuncto incertitudo tollitur. Contrarium vero putant prædicti Doctores in dote, cum ea vel in vilissima quantitate possit consistere. *d. l. Neratius. de religios.*

Digo lo otro, que aunque aquesto proceda ex veriori, & receptiori Doctorum sententia, pero yo en el Reyno por los principios generales, quod standum sit chartæ, entendiera, que en este caso si la promesa, o legado fuera de dote, auian de correr ygual fortuna el padre y los estraños, porque entonces auia substancia de promesa, o legado, quasi tacite dos promissa intelligeretur secundum boni viri arbitrium. Bal. *in l. fina. num.* 9. *C. de senten. quæ sine cert. quanti.* Roma. *cons.* 44. *n.* 4. *Fhanu. de lucro dotis.* Aunque aun en este caso dize claramente, que la contraria opiniõ es mas verdadera de derecho Barbos. *d.* 3. *par. num.* 50. *circa finem.* & in his terminis

loqui

loqui videtur D.R. Sesse *deci.* 45. *ex num.* 12.

Pero assi como entenderia, que en el Reyno por la regla standum est chartæ, se auria de sustentar el legado, o promesa pro dote, o pro alimentis, o pro via reficienda, ex adiunctis, tambien tengo por certissimo, que la contextura de nuestro legado in extraneo potissimum, qui neptibus dotem relinquere, ex officio nón tenebatur, no induze legado de dote por palabras, ni por mente, sino (por agora) vna obligacion en su heredero de darles la cantidad que le pareciesse remitiẽdolo a su gentileza, para quando se casassen, o professassen religion, la qual ex precedentibus certissimis iuris theoricis, quibus de foro nullibi derogatum extat, por la incertidumbre es nullo, quanto al efecto, pues queda libre el heredero, vel minimam quantitatem præstando, vt sæpe ex veriori, & receptiori sententia ex iuribus & authoritatibus supra relatis, resoluit Barbosa. *d.* 3. *p. ex num.* 42. *vsque ad num.* 53.

Quibus addo pulchram definitionem Senatus Pedemon. 2. apud Anto. Fabr. *C. de dotis promiss.* his verbis conceptam. *Dotis promißio incerta valere non potest, etiamsi à patre facta sit: nec hac parte si iuris rationem, potius quam interpretum traditiones inspicias, quicquam referre potest, an à patre, an ab extraneo, aut ab ipsa muliere dos marito promißa sit. Est enim in causis & personis omnibus perpetuo verum, promißionem incertam non valere: nec fauor dotis contrarium elicere vllo modo potest. Hoc sane interest, an pater, an extraneus, aut mulier ipsa dotem promiserint, quod cum extraneus, aut mulier promisit, nihil est quod ab his exigi poßit: quia vel minimum quid pro dote dando, liberarentur: cum nec dotem vllam dare teneantur: at pater congruam dare compellitur, non quia dotem incertam promiserit, sed quia etiam si dotem, quod idem est, nullam promisisset, filiam tamen ex paterno officio dotare teneretur. Ita tractatum est in causa Ioannis Bouier, & Petri Quimier aduocati.* 10. *Calendas Decembris.* 1590. Comprobat omnia doctissimus Anto. Faber in allegatio. iuris manifestissimis iuribus. Et latius etiam Cardi. Manti. *de tacit. & ambig. conuentio. lib.* 12. *tit.* 12. *vbi num.* 7. 8. & 9. præfatam quoque sequitur, legati, aut promissionis dotis ab extraneo, vel parente, ex vtroque

que Socino, Iuniore *in l. 1. nu. 214. solut. matrim. & Seniore n. 53. & lib. 23. tit. 10. num. 40.* vbi se remittit ad tradita *lib. 3. de coniectur. vltima. volunta. tit. 1. n. 26. & 27.*

Y aunque el mismo Cardenal Manti. *de tacit. conuen. lib. 14. num. 26.* post late confirmatam præcedentem resolutionem, aliud ex æquitate canonica procedere arbitretur, ex sententia Archidia. *in c. sunt nonnulli. 1. q. 1. Butrij in c. ex parte. de decim. Bald. in l. qui mutuã. § salarium. ff. manda. in lectur. antiqua. Alex. in d. l. ita stipulatus num. 9. & in cons. 58. num. 7. in 7.* meritò tamen ex Ripa. *in d. l. ita stipulatus. num. 25. & 26.* subsistit Card. Mantica. Cum Doctores prædicti suã sententiam nec iure, nec ratione probent.

De donde sea la suma y resolucion verdadera para en nuestro caso por la fuerça de la carta, que la promesa, o legado de la dote ratione adiuncti, hora sea del padre, hora de estraño, hora precisa, hora remitida a arbitrio de tercero, dummodo substantia nemini committatur, substinetur legatum aut promissio, quia ex adiuncto excluditur in certitudo Alciat. *in c. si placuit, nu. 2. de præscri. Bal. in l. vlti. nume. 9. de senten. quæ sine cert. quanti. Salicet. in l. 1. post princip. C. de dotis promis. Alcia. in d. l. 1. num. 113. C. de senten. quæ sine cert. quanti. fusissime Cardi. Manti. d. lib. 12. tit. 12. ex nu. 10. vsque ad finem. vbi late de interpretatione tex. in d. l. 1. C. de dotis promis. & in d. l. cum post. § gener.*

Pero no hallo, que en el legado de que tratamos, incierto omni consideratione, tam ex se, quam ratione adiuncti, cum nullum adsit, puedan dexar de tener lugar las theoricas referidas: pues las ayuda el rigor de la letra, quedando en terminos de vna disposicion, o legado incierto ex se, & non certioratum ex adiuncto: pues la commemoracion del matrimonio, o de la religion, solo se puso designando el tiempo y la ocasion, en que la cantidad se auia de dar, absit tamen, que se dixesse, que huuiesse de dar dote, o la cantidad sufficiente o necessaria para ella, que entonces el adiuncto quitara la incertidumbre, y reualidara el legado, q̃ alias fuera nullo. Huc pertinet quod ex Bal. *cons. 286. nu. 4. in 3. & Crauetta toto cons. 101. Stepha. Gracian discepta. forens. c. 75. num. 23.*

Con

Y que la incertidumbre total que respete la substancia del contracto, legado, o otra qualquier disposicion la vicie in totum, quando neq; ex adiunctis potest certificari receptissimum est demptis casibus fallencialibus vt de magis communi profitetur Ias. *in d. l ita stipulatus.nu.* 13. *Mantica lib.8.de coniecturis.tti.4.n.* 20. *&* 21. *Pratis lib.* 1. *interpret.* 1. *dubit.3.sol.1.nu.1.sol.* 10. nam & tunc captatoria censetur voluntas, Bart. *in l. captatoriæ. per tex.ibi de lega.1.Alex.in l. captatorias num.4. C. de testam. Cæphal. cons.* 702. *ex nu.* 19. *vbi pulchre nu.*27. distinguit, que sea vna cosa dezir el testador, que se este al dicho de vno del secreto que le fio, y otra, que se este a su voluntad de lo que quisiere, o le pareciere. En el primero caso valdria la disposiciõ si fuesse cierta, en el segundo no, aunq̃ lo fuesse & dicit Cephal. *d.n.27. esse demente Barto. in l. Theopompus, de dote.prælleg. ita expresse distinxit Afflict.decis.371. nu.6.& 7. ex communi in l.* 1. *de leg.* 2. *& in l. vtrum, §.cum quidam, de reb.dub.Bimi.cons.* 50. *ex num* 50. quamuis ibi quoque distinguat inter ius Cæsareum, & Pontificium, idem Bimi. *cons.278.ex nu.*41.

Y no obstaran las doctrinas, que podrian allegarse en contrario de Mandel. Alben. *cons* 437. *nu.4.y de Menoch. casu* 143. *nu.*1. *de Mantic. y Pratis vbi supra Cæphal. cons.* 159. *ex nu.7.Peregri.art.33.nu.65.* cum alijs, quæ late recenset Iacob. Cancer. 3.*par.c.* 20. *de legat. ex nu.*81. *vbi nu.*95. resoluit, an legatum debeatur, vel cui, nõ posse in liberam alterius voluntatem conferri, bene tamẽ in arbitrium, sic intelligens *tex.in d.l* 1. *de leg.2.& in d.l.captatoriæ de leg.*1. y que entonces no se dira incierto el legado en su substancia, pues arbitrio non sequuto, vel inique sequuto, recurretur ad arbitriũ boni viri, si el legado no se huuiere concebido conditionaliter ex alterius voluntate, ex distinctione Bart. *in l.1.nu.9.de leg.* 2. *& in specie, Iacob. Cancer. num.* 98. legatum in hæredis arbitrio cõferri nõ posse asserit, vt quod iustum sit debeatur, ipso non arbitrante, aut inique arbitrante, *ex l. senatus, §.1.et §.legatũ, et l.si sic de leg.1.et Magon.decis.lucen.20.per totã.*

Et augetur difficultas ex traditis ab eodem Cancer *d. c.* 20. *ex nu.* 112. vbi inquirit, an contractns substantia in alterius arbitrium collata, eo

non arbitrante, recurratur ad arbitrium boni viri, & resoluit in Cathalonia omissa legistarum opinione, ex æquitate Pontificia, eam dispositionem substineri, ex Alex. supra, inferēs propterea in specie incertā cōstitutionē dotis collatam in arbitrium tertij, validam esse in contractibus *in d. l. cum post. §. gener. de iure doti. in vltimis voluntatibus, in d. l. Theopompus. de dote prælega. mouetur ex authoritatibus Ruin. cons. 143. nu. 3. in 4. Socini in l. si quis arbitratu. n. 28. de verb. Afflict. decis. 337. n. 9. Archi. in c. sunt nonnulli. 1. q. 1. Antonij. in c ex parte. de decimi. et Cotta in memorabi. verba. incertitudo.* Lo primero, porque la incertidumbre que aquestos Doctores toleran, etiam ex æquitate canonica, corre con la distinccion de serlo ex se, pero no ex adiuncto, antes por el se certifica ex hæredis, tertij, aut boni viri iusto arbitrio. *Vt in d. §. gener. & in d. l. Theopompus. cum alijs supra.* ita pulchrè resoluit Peregri. *d. arti. 33. num. 65. vers. aduertendum.* his verbis. *Si autem nulla re expressa, testator legasset, si hæres arbitrabitur, si putauerit, & per similia verba, legatum nullum esset: quia in arbitrio hæredis ponitur, an sit legatum, vel non & licet hæres arbitretur legatum esse, nullum adhuc est, quia incertum. l. cum post. §. gener. de iure. doti. sic Bart. declarauit in l. 1. in 1. oppositio. & sub num. 3. de lega. 2. hæc autem locum quidem habent in prophanis, etiam fauorabilibus.* Y assi Peregri. cū Bart. no solo se mouio por la condicional, si hæres arbitrabitur, si putauerit, sino por la total incertidumbre. Et Albens. *d. cons. 437. num 4.* loquitur in incertitudine, quæ per relationem alterius potest certificari & iterum intelligit Bimi. *d. cons. 277. ex num. 41.* & omnes Doctores superius relati. Perpetua enim est regula, totalem incertitudinē vitiare promissionē, sententiā legatū & laudum, vt ex Marsil. *in Rubrica. C. de proba. num. 359.* obseruat Pacian. *cons. 69. nu. 19.* qui notanter ad propositum *cons. 143.* docet, & distinguit cum Bal. *in l. cum seruus. § si quis alicui. in prin. de leg. 1. & ex Paul. Castrens. in l. idem Iulianus. siue in d. l. cum seruus. §. si quis alicui. de lega. 1.* Quod quando conceditur res incerta, & indeterminata, videtur electa personæ industria ad determinandam quantitatem, & ob id concessio non egreditur primā personam, sed secus est, quando concessio respicit quid de termi-

terminatum: quoniam tunc nulla personæ industria est electa, refert alios plures Pacianus ibi. Y aquesta resolucion entenderla ya yo con generalidad, señaladamente quando, como en nuestro caso, la cantidad y substancia del legado es totalmente incierta ex duplici prohibitione captatoriæ scilicet, & omnino incertæ voluntatis.

Mas que quando la disposicion substancialmente va cõdicionada a la volũtad del heredero, o del tercero, cõcuerdan todos en su nullidad, y cõ razon Peregrino, cuyas palabras referi, no solo la conside ro condicionada, quando dixo, si arbitrabitur, si putauerit, sino tambien, & per similia verba. Y quanto a la substancia mas precisa condicion induzen nuestras palabras, *de cuya gentileza lo confio.* Y si quando por la total incertidumbre parece que queda electa la industria de la persona, nec in alium dispositio trãsit ex Bal. Paul. & Paciano supra. menos podra passar, in bonum virũ, aut iudicem, quando aperte testator dixit, que lo confiaua del heredero.

Ad authoritates vero superius relatas facile respondetur. Ruin. *d. cons.* 142. *num.* 3. *in* 4. clare loqui de æstimatione rei certæ, æstimatoribus commissa, resoluens, ex communi sententia *in d. l. cum post.* §. *gener. de iur. doti. et in l. si quis arbitratu. de verb. obli.* quod altero mortuo, aut ambobus arbitrari nolentibus, arbitrabitur iudex, quia ex adiunctis facilis erat incertæ æstimationis reductio.

Socino *in d. l. si quis arbitratu. nu.* 28. quod pariter loquitur de venditione pro prætio declarando arbitrio Titij, & ad hoc non erat confugiendum, prout ibi confugit Bartholo, Socinus ad æquitatem Canonicam, cum etiam mero iure ciuili, isto casu procedere posset, cum certa esset venditio, & pretium facile æstimabile.

Afflicto quoque *decis.* 337. *num.* 9. respondetur quod fuerit loquutus in terminis *d.* §. *gener. et l.* 3. *C. de dot. promis.* in constitutione dotis ex se incerta, certificanda tamen ex qualitate personarum, & patrimonio constituentis.

Idem vnico verbo respondetur Archidia. Butriol, Cottæ, Menochio, Cæphalo, & cæteris omnibus qui similes promissiones, contractus, uel legata putant substineri ex æquita

te

te canonica, & verum quidem est stricto iure ciuili, ea substineri posse: cæterum quando non solum ex se sunt incertæ, sed neque ex adiuncto certificantur, nullæ sunt eiusmodi dispositiones, vel quia captatoriæ ex mera scilicet voluntate tertij pendentes substantialiter, vel quia conditionales, vel quia, (quod magis est) sunt omnino incertæ ex se, nec ex adiũctis certificari possunt, prout in nostro casu, que el heredero fue grauado que diesse la cantidad, que le pareciesse, no para dotar, ni con otro adiuncto, que pudiesse, ex alterius arbitrio, declarar la voluntad del testador, quo casu suspendiendola mas con aquellas palabras, *de cuya gentileza lo confio,* ex rigore iuris Cæsarei, ex æquitate Pontificij, ex communi authoritate Doctorum, & ex vi chartæ, & legum Regni, pro nullitate huius relicti videtur pronuntiandum.

Con esto parece que pōdia cessar la otra disputa deste pleyto, desi aqllas palabras, *la cantidad que le pareciere fiando lo de su gentileza,* son de libre voluntad, o de arbitrio de buen varon, porque la disputa tenia lugar, si el legado contuuiera la dote simpliciter, o segun la cantidad, o calidad, o se huuiera dexado segun el parecer, o gentileza del heredero, pero quedando en terminos de legado de cantidad prorsus incierta, proceden, y corren las theoricas comunes y textuales susodichas, y procedieran aũ quando el legado fuera por palabras preceptiuas y dispositiuas: non enim ambigimus de voluntate, sed de obiecto, in quod fertur. Pero tambien tiene fundamẽto la pretension de don Vicencio Ram en esta otra inspeciõ y procede, y puede dezirse en nuestro caso quod plura sunt negotia, quam vocabula, pues aunque de la palabra *le parecera* latine videbitur, aut placebit, disputan los Doctores, que luego referire, si importa voluntad libre, o regulada, pero la otra adiunta, *de cuya gentileza lo confio*, con auer recorrido todas las frases de Menoch. que tan diligente fue en cumularlas para la voluntad libre *q.7.* y para el arbitrio regulado *q. 8. lib. 1. de arbitrar. y Surd. consf. 308. & nouissime Stepha. Gracia. discepta. forens. toto. c. 23.* no he hallado a que poder referir la palabra, *de cuya gentileza lo confio,* mas aptamen-

tamente, que refiriendola a la palabra, tuæ deliberationi, la qual hallo, que fuera lo mismo, que a su gentileza, imo vi detur idem importare, que si lo cometiera a la voluntad del heredero, y en ambos casos denotaria voluntad libre, y irregulada, referido a persona particular, vt post Hostien. & Imol. *in c. significauerunt. de testi. Deci. in l. in actionibus nu. 11. de in lit. iuran. Menoch. d. q. 7. num. 2. vers. verum non parum. & seqq.* y si huuiesse de significar la deliberacion, o declaracion, seria lo mismo, quamuis enim Menoch. *d. q. 8. n. 59. arbitretur, ex Maria. Soci. Senior. in c. verum vlti. notab. de for. compe. verba illa, tuæ deliberationi mandamus,* importari arbitrium regulatum, & necessarium, illud est ratione adiũcti: quia certũ quid committebatur, licet deliberationi alterius, pero yo entiendo, que en nuestro caso, y Reyno las palabras *de cuya gentileza lo confio*, no solo fueron de libre voluntad, pero que suspendieron a tota substancia la disposicion y legado, y pues Menoch. con tanta razon in limine de sus arbitrarias puso aquellas dos q̃ son la 7. y 8. q. declarãdo, q̃ en esto no puede darse regla cierta, sino que puede mucho en ello el prudente arbitrio del Iuez, secundum ea, quæ in facto proponerẽtur. Hazeme gran fuerça, que con no auer señalado cantidad cierta, neque etiam ex adiuncto, nuestro testador significo claramẽte que aun aquella disposiciõ informe la quiso suspender fiandola de la gentileza del heredero.

Quanto a la palabra *pareciere*, latine videbitur, aut placebit, las quales aunque segun derecho importan arbitrio de buen varon, vt ex pluribus iuribus, & authoritatibus latissime confirmat Menoch. *d. q. 8. num. 2.* cum multis seqq. pero yo entenderia, que en Aragon los textos y exemplos q̃ refiere Menochio no procederian, vt in casu *l. fideicommissaria libertas. in prin. de fideicom. lib. cuius verba, ibi: si tibi videbitur:* peto vt manumittas, eam recipiunt interpretationem, *si tibi quasi viro bono videbitur,* porque yo en Aragon antes entenderia, que en aquel exemplo y otros por el comun vso de hablar, importaretur liberum arbitrium, vt ex Andræ. ab Exea *in ca. 1. de consti. n. 391. & 392. obseruat. Menoch. d. q. 7. num. 20. in fine.* Por manera,

ra, que segun la comun manera de hablar del Reyno, y el rigor de la carta todas estas frases de hablar antes se referiran a voluntad libre, que à regulada: mayormente cum adijcitur verbum liberæ voluntatis, & suspensiuum dispositionis, quale illud videtur; *de cuya gentileza lo confio.* Quamuis enim satis controuersum fuerit, quando permiscentur verba voluntatis, & arbitrij, quod trahat ad se reliquum? Qua in re duæ extremæ opiniones referuntur, & late declarantur a Menochio, *d. q 7. prima nu.* 14. vt tunc arbitriũ regulatum censeatur, *ex Bart. in extrauag. ad reprimendum, nu.* 11. *& Iaso. in l. si sic legatum, nu.* 31. *de lega.* 1. *secunda, nume.* 16. quod imo tunc absoluta voluntas importetur, *ex eod. Bar. in l. alio. nu.* 9. *&* 10. *de alimen. & cibar. lega. & Alex. cons.* 47. *nu.* 14 *& cons.* 65. *nu.* 7 *in* 2. *cum alijs permultis*, y aunque Menoch. *nu.* 17. *in fine.* tiene por mas probable la primera opinion, pero ex relatione authorum, es mas recibida la segunda. Et hanc sententiam late confirmat Stepha. Gracian. *d. ca.* 23. *in prin. & nume.* 16. *& seqq. vbi qu que refert Surd. cons.* 308. *num.* 37. Pero yo siempre entiendo, que la dificultad q̃ esto pudiera tener cessa en nuestro caso, por la primera inspeccion, pues toda la disputa de la comun escuela de Canonistas y Legistas referida por Menoch. vtraque *q.* 7. *&* 8. y por Gracian. *d. c.* 23. corre con presupuesto, q̃ el legado, disposicion, o comission ex se sit completum, & substantialiter perfectum dotis, alimentorum, libertatis refectionis viæ, & aliorũ id genus: quia tamen nec præceptiuis, nec deprecatiuis verbis concepta, sed commissa sub varijs verborum figuris, modo voluntati, modo arbitrio disputatur, an sint voluntatis absolutæ, an arbitrij regulati: at in nostro casu non entis, nullæ videntur esse qualitates, nulla accidentia, cum non solum executionem, sed & substantiam testator pendere voluerit de la gentileza del heredero, y aunque no aya depender, sino que aya de ser preciso, euanescit tamen quia incertum in se, nec certificabile ex adiunctis, vt vltra Doctores supra relatos pro regula obseruat Bar. tam in actore, quam in reo, *in l.* 3. *§. si duobus de annu. legat.* quem sequitur Rota Cardinal. Seraphi.

phi. *decis.* 404. *num.* 7. Iaso de magis communi testatus *in d. l. ita Stipulatus. num.* 11. quem sequitur Vincenti. Caroci. *decis.* 130. *num.* 2. que aunque hablan en los contractos, ya queda aduertido que no ay diferencia dellos a las vltimas voluntades, principalmente en Aragon. Y la distincion, de si confertur substancia legati, dotis, aut quantitatis, an potius præstatio, late deducitur à Hierony. Magon. *decis. Floren.* 7. *ex num.* 1. docente, legatum incertæ dotis valere. *l. si Titiæ. de leg.* 3. *l. Theopompus de dot. prælega.* cum alijs per Afflict. *d. decis.* 371. *nu.* 1. & tunc supplebit, & arbitrabitur iudex, vt in exemplo eius decisionis, in qua testator grauauit hæredes maritare Mariam & Chasandram, eius ex sorore neptes ad ipsorum hæredum arbitrium & voluntatẽ, cui præcepit illas debere stare tacitas & contentas: rogando insuper hæredes, vt sese haberent tanquam boni viri, & consanguinei, & prout cõueniebat ipsorum gradus bonitati, & dignitati. Hoc fuit thema eius decisionis Florenti. vt constat ex Magonio in principio, censuit Rota Floren. Lo primero, que era valido el legado, porque la substancia no se cometio a arbitrio de los herederos, sino la calidad, o modo de la dote. ex Alex. *cons.* 177. *num.* 5. *in* 6. & *Menoch. casu.* 149. *num.* 36. & *Bald. Nouell. de dote* 6. *par. in* 10. *priuileg. et alij.* Lo segundo dudo (quod in idem videtur recidere) *num.* 4. *vers. secundo. dubitabatur.* Si aquellas palabras, quod legatariæ deberent stare tacitæ, & contentæ ex arbitrio hæredis, induzian libre voluntad, vt ibi refert Magonius ex Alexan. *d. cons.* 175. *in* 6. Aunque en aquel caso la Rota de Florencia por las palabras preceptiuas, y por ser completo el legado pro maritandis neptibus testatoris, declarado por tan enixa voluntad, le sustento. Mas en nuestro caso no huuo palabra alguna de precepto, antes aquellas, *de cuya gentileza lo confio*: de mas de la incertidumbre del legado, fueron equipolentes a las de Alex. *d. cons.* 175. y de Magon. *d. decis.* 7. *sint contentæ, & pacatæ ex arbitrio, & voluntate hæredum.* y assi excluyen todo arbitrio: Principalmente, que en Aragon (y es notable ponderacion) aquellas palabras, *de cuya gentileza lo confio*, sui præcisa significatione

ne, quasi electa hæredis industria; aliud quodlibet arbitrium videntur excludere. Quia in proposito inclusio vnius personæ, cæterarum exclusionem operatur, cum omnes ex eadem dispositione essent includendæ: quo casu dubio procul inclusio hæredis, aliorum omnium exclusionem operatur. *l. cum prætor. de iudi. Salicet. in l. de crimine C. de his qui accusar. non poss Osasc. decis.* 85 *num.* 12. *Rauden decis Pisana* 28. *num.* 117. principalmente con el primero presupuesto de la incertidumbre de la substancia del legado, tam ex se, quam ex adiunctis, y pues no la declaro el testador, y fiandola de la gentileza del heredero, cæteris eam facultatem denegauit, expiro cō su muerte esta faculad, *Iaso. cons.* 180. *in 2 glo in l idem Pomponius scribit, § vlti. de reiuendi. Tiraquel de retract. linag. §* 26 *glo.* 1. *nu.* 77. pues todo quedo in suspenso cometido a su voluntad, pudiera la declarar el Iuez, si ad certum casum, vsum, vel effectum quantitas ab hærede præstanda, fuisset relicta; *ex l. si testamentum C. de institu.* porque entonces la declara el Iuez ex iuris dispositione, *l. certi conditio. in prin. si cert. peta. Crauetta cons.* 147. *nu.* 6. *& cons.* 162. *nu.* 3. *&* 6. *cum alijs per Binium cons.* 50. *ex nu.* 45. *sic inferens, num,* 50. *Hinc fit, vt legatum incerte quantitatis ad viam reficiendam, vel ad virginem dotandam, definiatur iudicis arbitrio, inspecta qualitate rei, & personarum, vt enarrat Menoch de arbitrar. q.* 11. *num.* 8. pero quando no estan los vsos destinados, tota substantia pendere videtur à voluntate hæredis, y asi es inutil, cum ex minimi præstatione liberetur, quo casu, nec intrare potest æquitas Canonica quam superius considerauimus, & quam etiam considerat Bimius, *d. cons.* 50. *nu.* 50. Quibus & proximus est Riminal. Iuni. *cons.* 598. *num.* 12. *docens, ex l. si is qui. ff. de testam.* nullam omnino esse dispositionem, quæ sit imperfecta in materia, & forma, y no auiendo declarado nuestro testador el vso, caso, o effecto para el qual auia de seruir la cantidad, ni la misma, carecia de materia y de forma, aunque fuera totalmente preceptiua, y assi fue nulla, porque no se le cometio la calidad, o declaracion de la persona, o de la cantidad, vt in specie *tex. in l. vtrum. § cum quidam de reb. dub. & in l. cum quidam in 2. de leg.* 2. sino

ſino la ſubſtãncia del legado, entonces dubio procul nullũ eſt omnino legatum, tanqnam pendens ſubſtantialiter à voluntate alterius, vt in puncto docet Hippoly. Rimi. *d conſ.* 598. his verbis. *Nec inſuper eſt omittendus ibi Bald.* (refierelo *in d l.cum quidam de leg. 2. in 1. oppoſiti.*) *vbi dicit, quod ſubſtantia legati non poteſt conferri in voluntatem hæredis. ſed qualitatas & declaratio perſonæ ſic, vt ibi, & in d. l. vtrum. §. cum quidam, quia talis declaratio eſt pica, & organum, non autem diſpoſitor actus, & voluit dicere Bald. quod teſtator eſt ille qui diſponit, et illa electio, ſiue declaratio attribuitur ipſi teſtatori, vt eſt tex. quem ibi citat Bal in l. pater ex Prouincia ff de manumuis vindict.* & don Ioan. del Caſtillo Sotomayor poſt recentiores quos refert, *lib. 2. controuerſ. iuris, ca 6. ex nu. 5.* no tanto por la razon, que ſe mueuen, de q̃ la ſubſtancia de la vltima voluntad de derecho no puede pender de arbitrio de otro (quæ ſi certa eſſet ex ſe, vel ex adiuncto, in hoc Regno pendere poſſet) como por la incertidumbre del legado en ſu ſubſtáncia ex ante dictis.

A tertia inſpectione facileme expediam, pues aunque deſpues del fuero de legatarijs, de las cortes de 92. los legados tienen priuilegio de pedirſe en juyzio de apprehenſion, porque lo quiſo el fuero induziendo vna hypotheca legal en los bienes del teſtador, pero yo entenderia, que aqueſto ha de ſer interpretando el fuero paſsiue à iure communi iuxta Molin. & Pleban. §. *forus.* quando el legado es de cantidad cierta, que aſsi ſe entendio en el proceſſo Paſchaſij del Rey ſuper apprehenſione, en vnos alimentos referẽte doctiſsimo Regio Senatore D. Ioanne de Canales. Verdad es. que alli ſe pedian vnos alimentos y no ſe auian liquidado ex qualitate perſonarum & quantitate patrimonij illa legantis.

Pero entenderia lo miſmo aunque ſe liquidaran porque la tela deſte proceſſo no admite lo contrario, y por lo menos lo entenderia ſub vna diſtinctione q̃ ſi cõ vn legado de dote, o alimentos, o otra coſa illiquida liquidando en la primera proiuſsiõ la cantidad, per quam durum aduuc videretur facta liquidatione abſque legitimo contradictore, iudiciali apprehenſionis ſequeſtro, priuar al dueño de la poſſeſsion de los bienes; ſed

forsan tolerabile, quasi de minori, & facilè reparabili præiudicio tractetur, cum apprehendens eadem iura in propositione sit deductiorus, nec tunc hæres, aut bonorum possessor indefensus condemnabitur: cum possit excipere in suis replicis con mayor acuerdo, que quãdo como en nuestro caso, se aprehende con vn credito, y despues se da proposicion por vna dote, o alimentos illiquidos.

Cerca de la quarta inspeccion, el hecho fue, auer dexado el testador por el testamẽto las casas aprehendidas a dõ Vincencio Ram, y despues se las quitò por el codicillo, non quidem ex simplici ademptione, quo casu ipso iure confusum omnino videretur cũ ipsa hereditate, sino por via de prelegado, dexandole las casas de gracia especial por el codicillo a don Iuan Francisco Ram heredero. Y aunque es verdad que los Doctores despues de la glossa, *in l. ab omnibus* §. *si Titio delega. 1. et in l. plane.* §. *si duobus. eo.* Castrens. & cæteri, quos recenset Peregri. *decis.* 205. vt plurimum, impugnan la retencion, que en el heredero puede considerarse del legado, hora sea de cantidad, hora de especie; y solamente la consideran quãdo fuessen muchos los herederos, que entonces si non fuisset factum à seipso, sed ab omnibus, valeret quidem pro portione cohæredum, vt ex Imola, Castren. Alex. & Iasone supra, *& in d.* §. *si Titio.* resoluit Surdus *d. decis.* 205. *nu.* 9. pero todo aquesto procede, vt vere, & realiter possit considerari ius retentionis, aut quod vere, & proprie legatum hæredi à se ipso, siue mauis prælegatum subsistat à parte rei: hoc enim sensu, nec propriam consistentiam habet, nec realitatem: Pero don Vincencio Ram pretende cosa muy distinta, a saber es, que el testador no contentandose con quitalle el legado, y que per ademptionem quedara confundido con la herencia vniuersal, antes bien dexandoselo precipuo, y por via delegado y gracia especial a su heredero, eximio el legado de la general obligacion de la herencia. ita determinat, & distinguit in puncto Bal. *cons.* 318. *in* 5. que fue consultado en caso que el testador instituyò a su hijo heredero, in solidum, y mando, que in perpetuũ exercerẽtur quedam officia pietatis, obligando

do

do para ello todos sus bienes, & tandem (inquit Bal.) in alia parte testamenti dicto filio prælegauit quandam domum, y resuelue Baldo, que no estara comprehendido en la general disposicion. Idem repetit *in cons.* 328. *eod. volu.* 5. Y aũque es verdad, que en entrambos lugares Bal. distinguiò, si excedia la casa legada el valor de la legitima, y tambien considerò la afeccion por ser hijo el heredero, pero principalmente se mueue por la razon, quod in toto iure generi per speciem derogatur; y assi lo entiende generalmẽte Surdo. *d. decis.* 205. *num.* 10 *&* 11. que aunque la llama voluntad tacita, o coniecturada, tengola por expressa, pues resultat ex expresßis. Y aunque el prelegado sea inualido quo ad alios juris effectus, y inexigible, etiam ex actu inualido detegitur testatoris voluntas, *l. fi. de rebus cor. Bart. in l. gerit. de acqui. hære. cum alijs per Surdũ, d. n.* 11.

Y esto en Aragon tengolo por tanto mas forçoso, quanto es mas necessario, que la carta obre todo lo que puede, y como fuera indubitado, que puesto el legado en tercera persona, no cõcurria en las obligaciones de la herencia, tãpoco ha de concurrir puesto en la persona del heredero, pues ay carta suficiente para declarar que asi lo quiso el testador, y el derecho lo dispone asi, y aun tendria otro fauor, que del legado de especie, a legado de cantidad, si hæreditas non fuisset soluẽdo, y se huuiesse de tratar de que diminuerentur legata pro rata, *ex l. si vero composita.* §. 1. *de milita. testa. & in l. si post missionẽ. vbi Bart. ad l. falci. Iaso. in l. si quis testamento.* §. 1. *de lega.* 1. no se tendria recurso, *ex tex. celebri in l. vt in fideicommißorum. ff. vt in poß. lega. glo. in d. l. si vero composita.* §. 1. *Bal. in l.* 2. *in fin. C. ad l. falcidiam. & in l. quoties. C. famil. Erciscum. cum alijs latissime deductis per Vincen. de* Franch. *decis.* 236. *ex nu.* 5. qui quãuis vtranque opinionem suos amfractus pati asseueret, prçualere tamen videtur apud eum, & Senatum opinio, quç fauet legatario speciei.

Et vltra supra relatos, quod quãuis hæredi à se ipso legari nõ possit, vt legatũ peti possit, *l. legatum,* §. *hæredi. l. qui filiabus, de leg.* 1. cum alijs supra, Paris. *cons.* 79. *nu.* 1. *in* 2. cum à se ipso petere id non possit, Iaso. *in l. plane.* §. *si duobus nu.* 5. *de leg.* 1. pero quando la herencia se huies-

uiesse de restituyr, cōpetit ius retētionis hæredi ipsius legati à se metipso *relicti. d. l. qui filiabus.* § *fina. Soci. Iuni. consf. 8. nu. 26. in 2. Surd. consf. 253. nu 39. omnino videndus decis. 250. n 4.* vbi hæc verba subijcit. *In proposito autem licet legatum non sit validum* (entēdiolo poco antes para auer lo de pidir) *tamen eatenus sustinetur, vt hæres tanto minus cogatur alijs soluere, & tantum penes se retineat, quantum importat legatum.* Y assi siendo tan llano y cierto, que ni vnos legados contra otros, ni aun los acreedores contra los legatarios pueden tener recurso, saltē prius hæreditate non exhansta, consiguesse, que don Vicencio Ram por este fundamento, quando cessaran los otros, tābien tenia Iusticia, y que segun ella, pronuncio el Iuez aquo.

Aquesta disputa es superflua en nuestro caso, donde no se trata hæreditate exhausta, de que los legatarios paguen a los acreedores pro rata, sino de que quo ad hunc effectum censeatur subsistere prælegatum ad fauorem hæredis, vt & alia legata, & debita testatoris ex hæreditate vniuersali præstentur, prout est iuris, ex latè resolutis per Pleban. §. *legatum. &* §. *hæres.*

Ex quibus censeo, que se ha de confirmar la sentencia del Iuez aquo sub censura vestræ Dominationis.

Michael Pastor.